Por DON DIEGO XARA-Quemada, Cauallero del Abito de Calatraua, como marido de D. Sebastiana de Chaues,

CONTRA

MIGVEL DE NEVE.

CON el papel que dio en vista D. Diego, auiendose remitido este pleyto, se votò en su fauor, y se mandò hazer remate contra Miguel de Neue, reseruãdole su pretension de salario, o diez por ciento para la via ordinaria, donde està recebida a prueba. Y auiendo pagado, suplica Miguel de Neue, y de los mismos autos pretende se reuoque la sentencia de vista. Y don Diego Xara pretende se confirme, porque esta pretension de Miguel de Neue està denegada y excluida por diferentes executorias de esta Real Audiencia, como largamente està fundado en el primer papel, que se darà con este, a que nos referimos. Y quãdo no huuiera cosa juzgada, el auer pagado Miguel de Neue, no haze mejores sus excepciones, de lo que antes eran; y si no fueron bastantes para impedir el remate, no lo pueden ser para reuocarlo: y supuesto que despues de la sentencia de vista en que se hizo remate, no se alega ninguna cosa nueua sino lo mismo que de antes se auia alegado, no se puede dudar de confirmar la sentencia, por la practica y estilo de esta Real Audiencia: pues siempre que se ven los pleytos en reuista, solo por lo alegado antes y cõ protestacion de alegar, no se dize mas que suplicado con protestacion, y esto basta para confirmar la sentẽcia sin ver los autos.

Y lo que obra la paga en los pleytos executiuos, no es mas q̃ abrir la puerta al reo para que pueda ser oydo, y si pidiere prueba, se le conceda, y para que no se le conceda prueba al actor, aũ que la pida, si el reo no quisiere; pero el negocio tan executiuo se queda como de antes: y si la excepcion no fuere liquida y de la via executiua, no se le admitirà. Esto se prueba de lo que dize *el*

señor Presidente Couarrub.en el cap. 23. de las practicas,in fin.Parlador.rerum quotidian.cap.fin.5.p.§.15.n.3.lib.2. Y es buen texto la *l.4.tit.21.lib.4.recopilat.*que dize,que la causa siempre es executiua,aunque se suplique de la sentencia de vista,ibi:*Que de la tal sentencia reuocatoria se pueda suplicar para en ellos mismos,quedando en su fuerça y vigor la execucion.*Ipse *Parladorus dict. cap.fin.§.11.n.55.*donde dize,q̃ las excepciones que no se debieron admitir en la via executiua para impedir el remate,no se han de admitir en la instancia de la apelacion;y la razon es,porque la primera instancia y la segunda son de vna misma naturaleza.*l.postquàm,§.Imperator,ff.vt legat.nomin.caueat,l.si quis cum maior,§.accusasse,ff.de bonis libertorum.Vantius de nullitat.in rubr.de nullitat.ex defect.processus,n.58.*vbi ait,*quod causa suapte natura summaria in quacumque instantia,& coram quocumque iudice qualitas huiusmodi cognitionis summariæ perdurat.*Latè *Scacia de appellat. q.11.n.17.* Y asi aunque en la segunda instancia se reciba el pleyto a prueba ordinariamente,no por esso pierde la naturaleza de sumario.*Cattharius decis.84.n.3.*ibi:*Vltra quod non dicetur recessum â natura causæ,de qua agebatur per actum dictæ dilationis de foris informatoriæ,tametsi solùm in causis ordinarijs dari ex statuto deberet.*

Y el auerle reseruado esta excepciõ a Miguel de Neue para el pleito ordinario,no es suplicable;porque el ser la excepcion illiquida,pende del arbitrio del Iuez,y eo ipso que se reseruò, se tuuo por illiquida,y de largo conocimiento;y asi *ab ea non datur appellatio,nec supplicatio,*quier la reserua sea en el mesmo juyzio,o para otro:cõprobat ex pluribus *Salgado de protect.1.p.cap.18.ex n.45.vsque 49.* Y por auto del acuerdo general de esta Audiencia no se admite suplicacion de la reserua;y si en algun caso no se debe admitir,es en este,porque no se sigue ningun daño a la parte, pues la sentencia de remate se executa como de reuista , y aun tiene mas priuilegio,pues en virtud de ella se despacha apremio, y de la reuista,execucion:y asi antes de la sentencia de remate podia ser suplicable la reserua,porque facilitaua la cobrança; pero despues del remate no graua la reserua,porque la misma sentencia trae consigo la execucion,y antes de pagar Miguel de Neue, justificaua su pretension con la ocasion de retener el dinero;pero auiendo pagado,ya no puede pretender retencion,sino restituciõ y esta ha de ser en juyzio ordinario con pleno conocimiento ; el qual no puede auer en esta instancia,porque don Diego Xara no puede ser oydo,pues aunque pida prueba, no se le debe cõceder inuito reo,y fuera cosa extraordinaria que no huuiesse bastado

la

la excepcion para impedir el remate, por parecer illiquida, y en la instancia de reuista bastasse para hazer boluer el dinero, cõ lo qual el auerlo cobrado no auria seruido mas q̃ de molestia, y auer le hecho a don Diego dar fianças para cobrar el dinero, q̃ al mismo punto auia de restituir.

Y reconociendo Miguel de Neue el poco fundamento de esta pretension, como desesperado de ella, pidio se deboluiesse el pleyto para proseguir la via ordinaria en execucion de la reserua, y se deboluio y dio peticion; y despues don Diego pidio q̃ no se auia de proseguir si no consentia la sentencia de remate, o se confirmaua.

Y contra esto no obsta dezir que esta excepcion es propria de este juyzio, porque por el salario compete accion contraria mãdati.

Porque esto es lo mismo que está reseruado, y de que aora no se puede tratar, suponiendo que Miguel de Neue no pide gastos, ni los puede pedir, porque todos estan hechos buenos en las quẽtas, y solo por los gastos compete accion mandati, *l. qui proprio, §. procurator, §. litis impedia. ff. de procuratoribus, l. qui mutuam, §. sumpus, ff. mandat. l. 21. tit. 12. p. 5.* y lo que pide es salario de su administraciõ, y por este no le compete accion mandati.

Y para que esta materia se ajuste indiuidualmente a este pleyto, se hã de considerar quatro casos distinctos. El primero es, quãdo no huuo promessa, ni conuencion de salario cierto, sino que se encargô el negocio al pariente, o al amigo.

El segundo, quando el que recibio el mandato sin conuenciõ de salario, aliâs non erat facturus sine salario, y tenia costumbre de que se le pagassen tales negocios.

El tercero, quando huuo conuencion de salario in ipso mandato.

El quarto, quando huuo conuencion, no in ipso mandato, sine ex interuallo.

Primero caso.

QVando no huuo conuẽcion ni promessa de salario, es cierto que no se debe ni compete accion alguna, porq̃ el mãdato es gratuito & ex origine amicitiȩ, vt expresse dicitur in *l. 1. ff. mandati, l. 21. tit. 12. p. 5.* ibi: *(a si aquel a quien mandan fazer esto, recibiesse el mandato por fazer gracia y amor, aquel que se lo manda, debese trabajar de cumplirlo, quanto pudiere.* Est textus clarus in *l. qui mutuam*

*tuam,§.salarium,ff.mandat.*ibi:*Salarium incertæ policitationis,neque extra ordinem recté petitur,neque iuditio mandati,vt salarium tibi constituatur.l.salarium,C.eodem,*ibi:*Salarium incertæ policitationis peti non potest.* Estos textos hablan propriamente de salario no conuenido ni cierto re & genere,como nota la glossa en ellos: y es doctrina cierta, q̃ el salario no conuenido,no se puede pedir ni por accion mãdati,ni oficio iudicis,vt latè probatur ex pluribus in nostra allegatione, art.2.vers.*Reconociendo,*quibus nunc addimus *glossam notabilem in l.1.C.mandat.in verb.Probebitur:& in l.salarium,verb.Si extraordinem,ff.mandat.Hermosilla ex pluribus in l.2.tit.3.p.5.gloss.1.n.8.* Y este caso es el proprio de este pleyto,pues Miguel de Neue se encargò de esta administracion,como hermano de Iuã de Neue,y por el afecto de parentesco,y por el amistad:y en estos terminos tiene contra si la presuncion iuris,y no le compete ninguna acciõ, no solo para pedir salario,pero ni aũ para cobrar los gastos;sino es que constasse de auer protestado que lo hazia con animo de repetir y cobrar vno y otro;vt latè probatur *in l.is qui,ff.de negot.gestis,*ibi:*Is qui amicitia ductus paterna pupillis tutorem petierit,vel suspectos tutores postulauit,nullam aduersus eos habet actionem,secundùm diui Seueri constitutionem.* Optimus textus *in l.ex duobus,eod.tit.*que habla en el hermano que haze el negocio de su hermano y sobrinos,y prosigue en el §.*Titium,*ibi:*Titium si pietatis respectu sororis aluit filiam, actionem hoc nomine contra eam non habere respondi.* Lo mismo se prueba de la *l. si paterno affectu,C.de negotijs gest.*y dela *l.1.eod.tit.*ibi:*Cum etiam si quis pro affectione domestica aliquos sumptus fecerit,nulla ratione eas repetere possit.* Y nota *la Glossa verb.Nulla,quod neque communi ratione,neque speciali,nequi ciuili,neque naturali,vt hic.& in l.quod in vxorem, C.eodem.* Y es singular *la gloßa de l.1 l,si paterno affectu,verb.Repetuntur,* que dize, q̃ cessa la accion en este caso por muchas causas,primò *propter paternum affectum vt hic,vel amicitiam paternam,vt in d.l.is qui,& in l.ex duobus ff.de negot.gest.vel propter causam pietatis,vt in l.1.& 2.C.eodem.* Y es buẽ texto la *l.35.tit.12.p.5.*que dize,que el que se mouio a hazer negocios de otro por piedad,no tiene accion para pedir las expẽsas,ni el salario,ibi:*Porende non es tenudo el moço de darle ninguna cosa por el bien fecho que le fizo,nin por las despensas que fizo en recaudar sus cosas.* Y aqui *la glossa 2.*dize,que ay algunas personas, *in quibus ipsa natura euidenter denotat causam pietatis,puta in matre auia consanguineis,vel amicis.*y alega los textos que quedan referidos. Y por esso la *l.36.* siguiente que habla en la madre y abuela,requiere que ayan protestado de cobrar,porque si no,no tienen accion:y la *l.37*,resuel

ue

ue lo mesmo en el padrastro; y luego concluye hablando generalmente, ibi: *E lo que diximos en esta ley del padrastro, entiendese tambien de todos los otros homes que gouernaren, o que pensaren de los moços estraños, e que recaudaren sus casas, &c.* Y aqui la Glossa 4. repara en la generalidad desta ley, y le parece absurdo que se aya de entender in quocumque extraneo, sino solo en el padrastro, que tiene afecto paterno: *Et in extraneis in quibus militaret similis effectio, vt si erant amici parentum, vel pupilorum:* Y no puede auer cosas mas ajustada al caso de este pleyto, porque Miguel de Neue se encargô dela administracion de esta hazienda, a instancia de su hermano q̃ le dexò el amparo de sus hijos y muger, y èl la acetò tan liberalmente, que no quiso decima, y la renunciò, como consta de las primeras quentas: y assi no puede justificar aora el pedir salario, aunque se alegue que ay costumbre en esta Ciudad de lleuar semejantes salarios, o encomiendas; porque esto procediera en el que haze el negocio del estraño, no en el que lo hizo como hermano, tio, cuñado, compañero y amigo, sin protesta ni animo de lleuar salario: y aunque esto pudiera tener alguna duda en los alimentos y expẽsas en el salario, no la tiene, ni puede auerla cõtra tan claras y expressas disposiciones de derecho, y mas siendo compañero de su hermano, y teniendo quentas con èl, *quia socio non debetur salarium, ex Baldo cons. 115. n. 2. vers. Sed si, lib. 5.*

Segundo caso.

QVando el que recibio el mandato tenia costumbre de que le pagassen semejantes negocios, y aliàs non erat facturus sine salario, entonces lo puede pedir, y aunque no estè conuenido; pero no le compete accion mandati, sino locati, como lo dize expressamente la *l. 1. ff. mandat. §. mandatum*, ibi: *Mandatum nisi gratuitum nullum est, nam originem ex officio, atque amicitia trahit contrarium; ergo ex officio merces, interueniente enim pecunia res ad locationem, & conductionem potius respicit.* Y la glossa verbo *Gratuitum*, dize que lo mismo procede in tutore, & curatore, *quia isti habent mandatum, vel à defuncto, vel à lege, & ideo interneniente pecunia est locatio, & c inst. eodem tit. §. fin.* Et tradit glossa Magistralis *in d. l. salarium, ff. mandat. & in l. 1. C. eodem*, & probatur *ex l. naturalis, §. at cum do, ff. de praescriptis verbis*, ibi: *At cum do, vt facias si tale sit factum, quod locari soleat, puta vt tabulam pingas pecunia data locatio exit.* Y este caso tampoco es de este pleyto, porque Miguel de Neue no tiene probado, como es necessario q̃ aliâs non erat facturus sine salario, ni lo puede probar, pues no es verosimil que dexasse de aceptar la tutela de sus sobrinos, y la administracion de sus bienes, aunque no fuera sino

por piedad, y parentesco y amistad de su hermano, y por la compañia que entre si tenian, en que tambien era interessado en mas de 24ij. ducados de plata, que cobrò de su mano; y tambien debia probar que su hermano buscaua persona que administrasse sus bienes pagandole salario, porque aliàs no hallaria quiẽ se encargasse de la administracion: y esto tampoco lo puede probar, pues como se ha dicho, aliâs nõ erat facturus, y Miguel de Neue es de tan conocido caudal, que no necessita de semejantes conducciones; ni su hermano tratô de dar la administracion de sus bienes y el amparo de sus hijos a otro, sino a el; y assi dize *Scacia de commerc. §. 3. gloss. 3. n. 2.* que para cobrar semejante salario, es necessario que se prueben dos cosas; *Primum quod petens probet se in simili negotiorum gestione locare operas suas; secundùm quod reus conuentus sit solicitus conducere, aliás salarium non est expressè conuentum; vel si hæc duo non probãtur, non debetur, &c.* Tradit *Gratianus disceptat. 257. n. 1. tomo 2.* vbi ait, *quod ad exigendum salarium non conuentum debent probari illa duo extrema, quod quis sit solicitus conducere, & alter locare operas, & quod non sufficit probare alterum tantũ.* Y mas copiosamente lo dixo la *decis. Genuens. 115 num 4.* que dize, *quod priús debet inspici consuetudo loci, deinde qualitas personarum, cuius industriæ, cuius peritiæ sit; qui operam præstat, & aliud debet cõsiderari si sit homo pauper, qui non habet vnde viuat, nisi de suo labore; nam nõ est verisimile, quod voluerit operari gratis.*

Tercero caso.

QVando el salario fue cierto in ipso mandato, quedò prometido y conuenido, y el mandatario aliàs erat facturus cũm salario, tunc aunque le compete accion locati, puede intentar la accion mandati, porque incõtinenti se informa del mismo mandato, pues aliàs erat facturus: ita probatur expressè *in l. 1. C. de mandat.* vbi *Glossa, verbo Præbebitur,* & *ex Glossa in l. 1. ff. depositi, §. quod si res tibi dedi,* donde dize, que yo ruego a vno q̃ lleue a otro vna cantidad, y si no la quisiere recebir, que me la guarde, se duda qua actione tenetur mandati, an depositi? Y resuelue el Consulto, que mandati, *quia plenius fuit mandatum habens custodiæ legem*: y alli la *glossa* verbo *custodiæ*, dize, que aunque concurren ambas acciones, se atiende a la primera, de quien se informa la segunda. Y *Bartulo* en este mismo texto dize, que *quando præcedit contractus perfectus, & adijcitur conuentio, quæ potest cadere in nomen contractus, prius inducitur informatio primi, quam nouus contractus.* Y este caso no se ajusta a los terminos deste pleyto, pues aqui no ay salario conuenido, ni prometido en ningun tiempo, como està dicho.

Quarto

Quarto caso.

QVando el ſalario fue cierto y prometido, pero no in continenti, ſino ex interuallo, entonces ni compete accion mãdati, ni locati, ſino extra ordinẽ, vel officiũ iudicis, como expreſſamẽtè lo dize la *l. ſalarium, ff. mandat. gloſ. in verb. ſi extra ordinem, in l. 1. §. mandat.* y tampoco es de eſte pleyto, pues no huuo cõuencion de ſalario, à principio, ni interuallo.

De todos eſtos caſos bien cierto es, que ſi ſe tiene por ajuſtado al pleyto el primero, no tiene accion Miguel de Neue, ni tampoco por el tercero y quarto, porque no ſe ajuſtan, pues no huuo ſalario cierto conuenido à principio, nec ex interuallo; y aſsi toda la dificultad eſtà en el ſegundo. Y quando no ſe defiera a las doctrinas y reſolucion que dexamos aſſentada, ſino que ſe conceda q̃ a Miguel de Neue ſe le debe dar ſalario (quod minimè fatemur, por las razones de eſpecialidad que concurren) la accion porquè lo pudiera pedir, es locati, y eſta es diuerſa de la accion mandati, y no ſe puede introduzir en eſta via executiua, ſino es, o por via de reconuencion, o de compenſacion. De reconuencion ya ſe ſabe que en la via executiua no ſe admite, porque es altera conuẽtio, quæ requirit altiorem indaginem.

Por via de compenſacion tampoco, porque no es liquidable en eſte corto juyzio, pues in puncto iuris lo mas cierto es que no ſe le debe ſalario alguno, ni por albacea, ni mandatario, no ſiendo conuenido ni cierto, como largamẽte ſe ha fundado en el primero papel, y en eſte. Y quando le quiera llevar por la coſtũbre de eſta tierra, eſta no eſtà probada, ni en general ni en particular que Miguel de Neue ſit conſuetus locare operas, y que ſu hermano fuit ſolicitus conducere, ni que Miguel de Neue era pobre; ni tampoco ha ſido oydo en eſta pretenſion don Diego Xara, porq̃ no ha tenido lugar ni tiempo de probar las comodidades que ha tenido Miguel de Neue con eſta adminiſtracion, ni ſe han podido verificar las pretenſiones que ay contra èl, por las primeras quentas que importan mas de 200ij. ducados, como por menor ſe refieren en vna alegacion que ha hecho D. Diego Xara en eſta inſtancia.

Y paraque eſta ſea excepcion illiquida, baſta que ſea opinable en derecho, con tantas diſtinciones y opiniones como ſe han referido, y intrincada en el hecho, vt probat *Poſtio de manutent. obſeruat. 42, n. 72.* vbi ait, *quod exceptio eſt illiquida, quæ continet iuris ſubtilitatem, aut habet prolixum tractatum, vel in qua agitur de varijs & diuerſis iuribus. Paz de tenut. cap. 38. n. 5. 24 25. Salgado de reg. protect. 2. p. tom. 1. cap.* 18.

18.*n*.62. Optimus textus *in l.*3.§.*ibidem, ff. ad exhibēdum*, ibi: *Et si quā tam euidens sit, vt facilè repellat agentem debere possessorem absolui, si obscurior, vel quæ habet altiorem quæstionem differendam in directum iudicium re exhiberi iussa, &c.* Y aqui la *glossa* verbo *si obscurior*, dize, *quod altior exceptio dicitur propter iuris subtilitatem.*

Y esto basta para que por via de compensacion tãpoco se pueda admitir en este juyzio; porq̃ para la cõpensacion es necessario que sea la excepcion muy liquida y clara, y mas quando el pleyto ha tenido tan largo discurso, y tanto conocimiento; y assi no parece q̃ si entõces no fue cõpensable ni admitible, lo sea aora: vt est txs elegans *in l. fin. C. de compensationib. Ita tamē compensationes obijci iubemus, si causa ex qua cõpensatur, liquida sit, & non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitū sui præstare, satis enim miserabile est post multa forte, variaque certamina cū res iam fuerit approbata, tūc ex altera parte, quæ iam pene conuincta est opponi compensationem, iam certo & indubitato debito, & moratorijs ambagibus spem condemnationis excludi: hoc itaque iudices obseruent, & non procliuiores ad admittendā cõpensationē existant, nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto vtentes, si inuenerint eas maiores, & ampliorem exposcere indaginē, eas quidē alij iuditio reseruent, litem autem pristinam iam pene expeditam sententia terminali componant, &c.* Parece q̃ se hizo para este pleyto este texto, pues ha tenido tanto examen, tantos papeles en derecho, tantas vistas, autos y executorias en su fauor don Diego Xara: y aora que està casi acabado, fuera muy bueno q̃ por la misma excepcion tantas vezes denegada, se reuocasse la sentencia de remate. Y es muy buen texto la *l. Procula, ff. de probationib.* donde auiendo tenido diferentes quentas vn hermano con otro, despues de muchos años, oponia para no pagar vn alcãce de cierta cõpensacion de vn fideicõmisso; y por esto resoluio el Consulto, *non admittēdē compensationē, quasi tacitè fratri fideicommissum fuisse remissum.* Y aqui procede lo mismo con mayor razon, porq̃ el salario no solo lo remitio tacitamente Miguel de Neue, sino expressamente, pues en las quentas q̃ ha dado nunca ha pedido salario semejante; antes ha renũciado la decima, q̃ es salario q̃ no le podia faltar, por ser cierto, y legal. Finalmente se aduierte, q̃ no tiene fundamento alguno el pedir tãto por ciento; porq̃ en caso q̃ se deba salario, ha de ser vna cantidad por vna vez, como al Abogado: vt notatur *in l.*1. *ff. de varijs, & extraordin. cognitionib.* §. *licit.* donde se dize, que la cantidad licita *intelligitur ad cētum aureos*, & probatur *in l.*14. *tit.*6. *p.*3. plures refert *Gratian. disceptat.*56. *nu.* 6. *tom.*1. Y lo mismo procede en el salario del Procurador, vt tenet *Glos. in l.*1. *C. mandati, verbo Præbebitur*, & *in l. salarium, ff. eodem.* Et ita speramus se confirme la sentencia de vista, saluo, &c.

Lic. D. Lorenço del Castillo y Gallegos.